

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.307 du 30 juin 2016

G./A.215.131/VI-20.370

En cause : **la société anonyme FODETRA,**

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à
responsabilité limitée VIVAQUA,**

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Gilles BATAILLE, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société anonyme RENOTEC
ayant absorbé la société privée à
responsabilité limitée SEWER-TEC,**

ayant élu domicile chez
Mes Marco SCHOUPS, Kris LEMMENS et
Myriam LAHBIB, avocats,
De Burburestraat, n° 6-8 bus 5,
2000 Anvers.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 13 avril 2015, la société anonyme FODETRA demande l'annulation de "la décision prise en application du rapport d'attribution daté du 30 janvier 2015 dressé par le Service dirigeant de la partie adverse, porté à sa connaissance selon lettre recommandée datée du 13 février 2015, reçue en ses bureaux le 16 février 2015, ayant fait l'objet d'une décision du Conseil de Gérance DGO 2015 052 et approuvée par le Conseil d'Administration à une date

inconnue, dans le cadre de «l'accord-cadre relatif aux travaux de déblai et remblai de tranchées dans la Région de Bruxelles-Capitale», d'attribuer, à l'issue d'une procédure négociée avec publicité européenne «l'accord-cadre (les 2 lots) à la société SEWER-TEC, celle-ci ayant déposé l'offre régulière la moins-disante»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015 a accueilli la requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC dans la procédure en référé d'extrême urgence et a rejeté la demande de suspension de l'exécution de la décision attaquée.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

La société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC a, par une requête introduite le 29 mai 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation.

Une ordonnance du 25 juin 2015 a accueilli provisoirement cette intervention.

Un mémoire en intervention a été déposé.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 17 mai 2016, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 15 juin 2016 à 10 heures, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 17 juin 2016 à 10 heures.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Charles-Henri de la VALLEE POUSSIN, *loco* Mes Virginie DOR et Gilles BATAILLE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Myriam LAHBIB, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La partie adverse a publié le 23 juillet 2014 au Bulletin des adjudications et le 26 juillet 2014 au Journal officiel de l'Union européenne un avis de marché relatif à l'attribution, par procédure négociée, de la réalisation des travaux ayant trait à un "accord-cadre relatif à l'exécution de travaux de déblai et de remblai de tranchées en vue de la pose de conduites et de branchements d'eau potable, et la réfection des pavages et voiries dans les 19 communes de la Région de Bruxelles-Capitale, pour une durée potentielle de 4 ans".

III. 2. L'article 3.2 "Procédure d'attribution" du cahier spécial des charges n° 1938 d'application pour ce marché spécifiait que "le marché envisagé est un accord-cadre de travaux passé dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité européenne". Cet accord-cadre est divisé en deux lots, attribuables séparément.

III. 3. L'article III.2.3) "Capacité technique" de l'avis de marché détaille comme suit les exigences pour chacun des lots :

" Le candidat devra pouvoir démontrer sa capacité à pouvoir :

- exécuter le nombre maximum potentiel de chantiers simultanés se rapportant au lot concerné, en respectant les exigences habituelles de ce type de travail, notamment en milieu urbain;
 - mettre à disposition 6 équipes de terrassement, chaque équipe étant (au minimum) composée de 6 hommes, dont 1 chef d'équipe et 2 machinistes (dont 1 bilingue FR-NL), ainsi que, par lot, minimum 2 équipes de 2 paveurs et minimum 2 conducteurs de chantiers;
 - mettre en œuvre les moyens matériels liés à l'exécution d'un accord-cadre de cette nature et de cette importance.
- [...]

Par ailleurs, le candidat devra disposer d'un certificat d'agr  ation en cat  gorie G (ou sous-cat  gories C2 ou C6), de minimum classe 3 (pour 1 lot) ou 4 (pour 2 lots) ou produire les   l  ments probants   quivalents accept  s par la r  glementation en mati  re d'agr  ation".

III. 4. L'article 3.3.1 "Prix    remettre" du cahier sp  cial des charges indique :

" Le pr  sent march   est un march      bordereau de prix; il est renvoy   au m  tr   r  capitulatif pour l'estimation des quantit  s pr  sum  es.
Ces bordereaux reprennent les quantit  s annuelles globales estim  es se rapportant au travail de 5   quipes (1 lot) travaillant de front, pour un volume global de 20 kms de pose r  partis en 50 chantiers.
Les prix unitaires remis seront toutefois   galement applicables si le nombre d'  quipes occup  es simultan  ment se r  v  le inf  rieur (avec un minimum de 3) ou sup  rieur (avec un maximum de 6)".

III. 5. L'article 3.6 du cahier sp  cial des charges indique que : "Le prix sera le seul crit  re d'attribution du march  ".

III. 6. Vingt-trois demandes de participation ont   t   introduites. Les candidatures de cinq soci  t  s n'ont pas   t   retenues. Les soci  t  s s  lectionn  es ont   t   invit  es par un courrier du 14 octobre 2014    d  poser leur offre. Parmi les soci  t  s s  lectionn  es, huit, dont la requ  rante, ont introduit une offre pour un seul lot. Cinq autres soci  t  s, dont la partie intervenante, ont introduit une offre pour les deux lots.

III. 7. Le 4 d  cembre 2014, tous les soumissionnaires ont   t   invit  s    actualiser leur offre sur la base d'une adaptation des quantit  s annuelles estim  es. Tous les soumissionnaires,    l'exception d'un seul, ont remis une nouvelle offre. Une premi  re comparaison des prix a fait appara  tre que l'offre de la partie intervenante   tait la moins-disante, tant pour un seul lot que pour les deux lots.

III. 8. Le 22 d  cembre 2014, la partie adverse a invit   la partie intervenante    fournir une justification de ses prix au plus tard le 8 janvier 2015. Celle-ci a r  pondu    cette demande par un courrier du 8 janvier 2015. Il ressort du rapport d'  valuation des offres qu'une r  union a   galement eu lieu entre des repr  sentants de la partie adverse et de la partie intervenante relativement    ces justifications.

III. 9. Par un courrier du 20 janvier 2015, les quatre soumissionnaires class  s de la deuxi  me    la cinqui  me place, dont la requ  rante, ont   t   invit  s    "confirmer les prix remis" ou    "introduire leurs derni  res et meilleures conditions".

III. 10. Le 30 janvier 2015, le rapport d'attribution fait apparaître que l'offre de la partie intervenante est la moins-disante, celle de la requérante se classant en deuxième position.

III. 11. Le 11 février 2015, la partie adverse attribue les deux lots du marché litigieux à la société SEWER-TEC.

Il s'agit de la décision attaquée.

Cette décision est communiquée à la partie requérante par un courrier recommandé du 13 février 2016.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 29 mai 2015, la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation.

Toutefois, cette société avait déjà, par une requête introduite le 9 mars 2015, demandé à intervenir et l'arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015 avait accueilli cette requête en intervention dans la procédure en référé d'extrême urgence. Or, il ressort des articles 52, § 5, et 53, alinéa 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité que, lorsque comme en l'espèce, l'intervention a été accueillie dans la procédure en référé, la requête en intervention vaut tant pour cette procédure que pour la procédure subséquente en annulation. Il y a donc lieu de considérer que la requête en intervention qui a été introduite le 9 mars 2015 et qui a été accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence vaut également pour la procédure en annulation. Il n'y avait dès lors pas lieu, comme cela a été le cas en l'espèce, de réinviter la société SEWER-TEC à intervenir dans la procédure en annulation et à payer à nouveau le droit de 150 euros visé à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

La société SEWER-TEC, à qui le marché litigieux a été attribué, avait intérêt à intervenir dans la présente procédure. Il ressort, par ailleurs, des pièces déposées que la société SEWER-TEC a été absorbée par la société RENOTEC par un acte du 13 juillet 2015.

Il y a donc lieu d'accueillir l'intervention formée par la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC et poursuivie par la société anonyme RENOTEC

dans la procédure en annulation. Le mémoire en intervention et le dernier mémoire déposés par cette dernière sont, dès lors, recevables.

Par ailleurs, il s'impose d'ordonner le remboursement à la société RENOTEC du montant indûment payé par la société SEWER-TEC à l'occasion du dépôt de la requête en intervention du 29 mai 2015.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen "de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, plus particulièrement en son article 20, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, plus particulièrement en ses articles 63 et 106 et de l'avis de marché du 23 juillet 2014, plus particulièrement en son article III.2.3) ainsi que de l'excès de pouvoir commis".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir erronément jugé la partie intervenante apte à exécuter le marché, alors que celle-ci n'avait, selon elle, pas démontré sa capacité à mettre à disposition le personnel requis par l'avis de marché, soit "6 équipes de terrassement, chaque équipe étant (au minimum) composée de 6 hommes, dont 1 chef d'équipe et 2 machinistes (dont 1 bilingue FR - NL) ainsi que par lot, minimum 2 équipes de 2 paveurs et minimum 2 conducteurs de chantier".

Elle estime que les renseignements disponibles sur l'attributaire des deux lots du marché attestent qu'il n'aurait pu en aucune manière satisfaire à cette exigence, en tous cas pour l'ensemble des deux lots, et qu'il n'aurait pu dès lors satisfaire aux exigences de la sélection qualitative.

La requérante indique encore que bien qu'aucune information ne soit fournie sur la répartition du personnel provenant respectivement de la société SEWER-TEC, attributaire du marché, et de la société RENOTEC, intervenant comme sous-traitant, il apparaît évident que la première n'a pu atteindre le niveau de personnel prescrit que par le recours au personnel de la seconde. Or, selon la requérante, tant l'avis de marché que les documents contractuels prohibaient le recours à la sous-traitance. Elle se réfère, à cet égard, à l'article 2.1.9.1 du cahier

spécial des charges. Elle observe, en outre, que l'avis de marché imposait la date limite du 1^{er} septembre 2014 pour la réception des offres ou des demandes de participation, de telle sorte que l'adaptation formulée par la société SEWER-TEC le 1^{er} octobre 2014 concernant son appel à la société RENOTEC comme sous-traitant est tardive et ne pouvait être prise en considération.

En ce qui concerne la description du matériel et de l'équipement, elle relève qu'elle ne dispose ni d'informations, ni de pièces relatives au respect de cet élément de sélection mais explique que, dès l'instant où, à l'occasion de sa requête en intervention du 9 mars 2015, la société SEWER-TEC indiquait avoir mentionné, dans son dossier de candidature, qu'elle recourrait également au matériel de la société RENOTEC, il apparaît hautement probable qu'elle ne disposait pas non plus des "moyens matériels liés à l'exécution d'un accord-cadre de cette nature et de cette importance", dont la démonstration était pourtant exigée au stade de la sélection qualitative.

Enfin, la requérante conteste également la catégorie et la classe d'agrégation dont se prévaut la partie intervenante.

B. Mémoire en réponse

Après un rappel de l'avis de marché, la partie adverse explique, en ce qui concerne le recours à la sous-traitance, que celle-ci n'est interdite ni par l'avis de marché, ni par le cahier spécial des charges, ni par la réglementation relative aux marchés publics, que le fait pour la société SEWER-TEC de se prévaloir des capacités techniques de la société RENOTEC, qui fait partie du même groupe, et à qui elle recourt en tant que sous-traitant pour les besoins du présent marché, n'est pas non plus interdit, que ce soit par les documents du marché ou par la réglementation relative aux marchés publics et qu'enfin, les compléments fournis à sa demande de participation par la société SEWER-TEC, interrogée par la partie adverse conformément à la réglementation relative aux marchés publics, ne sont pas tardifs, et doivent être pris en compte pour la sélection qualitative.

Se référant aux articles 9 et 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, elle constate que le recours à la sous-traitance est la règle en matière de marchés publics, que les documents du marché n'en disposent pas autrement et qu'il en ressort clairement que le recours à la sous-traitance est autorisé, pourvu que le

soumissionnaire l'indique clairement et que la totalité de l'accord-cadre ne soit pas exécutée par le sous-traitant.

Elle observe qu'en l'occurrence, le dossier de candidature de la société SEWER-TEC indique très clairement que cette dernière aura recours à sa société sœur, la société RENOTEC, en tant que sous-traitant, qu'elle reprend d'ailleurs sa propre liste de personnes en charge du marché (44 personnes) et la liste des personnes qui relèvent de la société RENOTEC (44 personnes) et qu'elle a signalé qu'outre son matériel, elle pourra faire appel au matériel de la société RENOTEC. Elle ajoute qu'elle a transmis le 1^{er} octobre 2014, les documents relatifs à la société RENOTEC qui intervient comme sous-traitant.

Elle expose que, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015, la disposition relative à la sous-traitance visée à l'article 3.14 du cahier spécial des charges (précisant que celle-ci est interdite pour l'intégralité de l'accord-cadre, mais non pour des parties de celui-ci) ne concerne que l'exécution du marché et ne vise donc que les sous-traitants non prévus lors de la soumission. A titre subsidiaire, elle fait valoir que les dossiers de candidature et d'offre déposés par la société SEWER-TEC démontrent clairement que seule une partie des travaux est destinée à être sous-traitée puisqu'elle y distingue les ouvriers dont elle dispose personnellement et ceux de son sous-traitant, ce qui implique que l'intégralité de l'accord-cadre ne sera pas sous-traitée, comme le prohibe le cahier spécial des charges. Elle en conclut que l'adjudicataire a respecté toutes les conditions imposées par les documents du marché pour que le recours à la sous-traitance soit valable, ce qu'a confirmé le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015.

Elle avance ensuite que le fait de se prévaloir des capacités de son sous-traitant au stade de la sélection qualitative est admis et qu'en d'autres termes, un candidat ou soumissionnaire peut invoquer les références d'un sous-traitant pour justifier sa propre sélection. Elle se réfère, sur ce point, à l'arrêt de la Cour de Justice n° C-314/01 du 18 mars 2004, *Siemens*, qui confirme qu'un soumissionnaire ne peut être exclu pour le seul motif qu'il invoque les références d'un tiers. Elle invoque également l'article 72 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 précité dont il découle que, dans le cadre de la sélection qualitative, un candidat ou un soumissionnaire peut faire valoir la capacité d'un sous-traitant ou d'une autre entité, quelle que soit la nature des liens juridiques existant entre lui et cette entité et estime que ceci vaut également pour l'agrégation. Elle souligne que la société SEWER-TEC a bien fait valoir une agrégation en catégorie G, classe 5, dont est titulaire son sous-traitant, la société RENOTEC (société sœur de SEWER-TEC, les deux sociétés appartenant au même groupe). Selon

elle, la société SEWER-TEC a donc bien démontré disposer, via son sous-traitant, de l'agrément requise. Elle estime qu'il ne fait aucun doute qu'un soumissionnaire peut se prévaloir de l'agrément de son sous-traitant dans le cadre d'un marché public dès lors que la sélection qualitative vise à vérifier l'aptitude du candidat ou soumissionnaire à exécuter le marché, que l'agrément est une composante de la sélection qualitative des opérateurs économiques et qu'un soumissionnaire ou un candidat peut, au stade de la sélection qualitative, se prévaloir des références d'un sous-traitant. Elle se réfère, sur ce point, à la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et à l'arrêt de la Cour de Justice n° C-389/92 du 14 avril 1994, *Ballast Nedam*, ainsi qu'à deux arrêts du Conseil d'Etat.

La partie adverse soutient également que recours de la société SEWER-TEC à un sous-traitant était autorisé. Elle rappelle que le marché était attribué selon une procédure négociée avec publicité, en deux étapes; ce que les candidats devaient déposer le 1^{er} septembre 2014 n'était donc pas leur offre, mais bien leur demande de participation. Elle constate, en outre, que les compléments dont la requérante soutient qu'ils sont tardifs ont été fournis au pouvoir adjudicateur suite à une demande de ce dernier faite conformément à l'article 64 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux qui lui donne le droit d'interroger les candidats ou soumissionnaires lorsque leur dossier de candidature est incomplet, pourvu qu'il respecte les principes fondamentaux de concurrence, et donc, le principe d'égalité de traitement. Elle note, à cet égard, que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation à exercer au regard de la nécessité de préserver un certain niveau de concurrence, mais aussi l'égalité entre les candidats. Elle explique qu'elle a interrogé dix-huit des vingt-trois candidats, dont la partie requérante, ce qui prouve bien qu'elle n'a, en aucune façon, violé le principe d'égalité de traitement des candidats puisque tous ceux qui se trouvaient dans la même situation ont été interrogés de la même façon.

Elle remarque que les compléments fournis par la société SEWER-TEC, certes après la date de dépôt des demandes de participation, ne sont pas tardifs pour autant, car il n'y a pas d'ordre établi et la sélection peut même intervenir après l'ouverture des offres. Elle relève, de plus, que "la faculté donnée au pouvoir adjudicateur d'inviter un candidat ou un soumissionnaire à compléter les certificats et documents présentés doit permettre à ce candidat ou soumissionnaire de compléter les documents relatifs à la sélection qualitative notamment par d'autres documents et non seulement de compléter des documents déjà présentés". Elle souligne qu'en

l'occurrence la société SEWER-TEC avait déjà indiqué dans sa demande de participation qu'elle ferait appel à la société RENOTEC.

Elle fait valoir qu'il convient d'avoir égard au fait que la procédure de passation du marché public en cause est la procédure négociée et que cette procédure offre beaucoup plus de flexibilité, notamment en raison de la faculté qu'a le pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires, après la remise de leurs offres et ce d'autant plus que la discussion porte sur une période bien antérieure à la remise des offres des candidats. Elle en conclut que les compléments déposés le 1^{er} octobre 2014 par la société SEWER-TEC à sa demande de participation ne sont pas tardifs.

En ce qui concerne le critère de capacité technique relatif à l'équipe à mettre à disposition, la partie adverse explique que l'adjudicataire pouvait se prévaloir des capacités techniques de son sous-traitant (personnel et matériel), qui est de surcroît une société appartenant au même groupe, que la liste requise a ainsi été déposée par la société SEWER-TEC dès son dossier de candidature du 29 août 2014 puisque cette candidature contient deux listes de 44 ouvriers et de membres du personnel d'encadrement, soit 88 personnes et qu'à cela s'ajoute le personnel d'encadrement (14 personnes), soit 102 personnes au total, de telle sorte que l'équipe de la société SEWER-TEC répond aux exigences de la sélection qualitative sur ce point, ce qui a été confirmé par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015.

Elle estime que les considérations de la partie requérante relatives aux comptes annuels de la société SEWER-TEC sont sans pertinence à cet égard de même que l'allégation selon laquelle la société RENOTEC aurait laissé apparaître qu'elle ne dispose pas, dans la réalité des faits, du personnel ouvrier exigé, car elle aurait adressé des demandes de prix à d'autres sous-traitants potentiels. En effet, d'une part, il a déjà été prouvé à plusieurs reprises que la société RENOTEC disposait de suffisamment d'ouvriers et de matériel pour que la société SEWER-TEC puisse se prévaloir de ses capacités techniques et, d'autre part, le recours à la sous-traitance lors de l'exécution du marché n'est pas interdit, pourvu qu'il respecte les conditions de l'article 3.14 du cahier spécial des charges, à savoir qu'il ne porte que sur des travaux spécifiques et que le pouvoir adjudicateur marque son accord à ce sujet. Elle constate que la consultation d'autres sous-traitants avait en réalité pour objet de pouvoir répondre à des pics d'activité imprévus, comme l'atteste le dossier administratif.

En ce qui concerne l'agrégation, la partie adverse explique que, s'agissant d'un accord-cadre, c'est au moment de la conclusion de chaque marché passé sur la

base de celui-ci et en fonction du montant de ce marché que le respect de cette disposition doit s'apprécier et qu'en l'espèce, compte tenu du montant annuel estimé, du nombre de chantiers par an et de l'exécution simultanée de dix chantiers, l'agrément dont peut se prévaloir l'adjudicataire est suffisante, même à considérer la situation la plus favorable à la requérante (soit 80 marchés et 12 marchés pris simultanément). Elle souligne que le Conseil d'Etat a d'ailleurs confirmé dans son arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015 que la société SEWER-TEC dispose d'une agrément suffisante à elle seule pour se voir attribuer les marchés particuliers en application de l'accord-cadre.

A titre surabondant, elle constate que la société SEWER-TEC pouvait de toute manière se prévaloir de l'agrément en catégorie G classe 5 de son sous-traitant, conformément à l'article 72 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 précité.

C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne le recours à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution de l'accord-cadre, la requérante observe que l'intervenante reconnaît qu'elle ne disposait pas du personnel suffisant pour soumissionner pour les deux lots et qu'elle recourrait à de la sous-traitance.

Elle explique que sans préjudice à l'hypothèse spécifique d'exclusion du recours à la sous-traitance prévue, dans le cadre de la sélection qualitative, par l'avis de marché, le cahier spécial des charges, sans proscrire complètement le recours à la sous-traitance pour l'exécution du marché en limite de manière très significative le champ d'application puisque son article 3.14, que la partie adverse ne reproduit que partiellement, prévoit que :

" La sous-traitance est uniquement autorisée pour des travaux spécifiques et non pour l'intégralité de l'accord-cadre et ce, seulement après accord préalable de VIVAQUA. Dans tous les cas, l'adjudicataire reste toutefois seul responsable vis-à-vis de VIVAQUA. La description de l'étendue de la sous-traitance et des capacités du ou des sous-traitants proposés sera jointe à l'offre et doit être la plus précise possible (*cfr* clause 2.1.9)".

Elle remarque, tout d'abord, que dans l'attente de la levée de la confidentialité dont se prévaut la partie intervenante, elle n'est pas en mesure de contrôler l'étendue de la sous-traitance que la société SEWER-TEC a dû préciser en ses soumissions pour chacun des lots, mais que le principe retenu en sa candidature du 29 août 2014 (soit la jonction d'une liste de 88 ouvriers "tout personnel confondu

(SEWER-TEC et RENOTEC)) rend illusoire la limitation des prestations du sous-traitant aux seuls travaux de terrassement.

Elle observe ensuite, plus fondamentalement, qu'à supposer même que la limitation de l'intervention du sous-traitant pressenti auxdits travaux de terrassement puisse être démontrée, l'accomplissement d'une telle mission ne pourrait pas être assimilée à la réalisation de "travaux spécifiques", dès le moment où, au sens de l'article 1.1 du cahier spécial des charges, l'accord-cadre avait précisément pour objet "l'exécution de travaux de déblai et remblai de tranchées", soit des tâches que les dictionnaires définissent comme relevant des terrassements. Elle avance qu'au vu du bordereau récapitulatif, seuls auraient pu être raisonnablement considérés comme des travaux spécifiques, les postes moins usuels, tels à titre exemplatif la "Traversée de voirie par minage avec placement du tuyau ou de la gaine" ou la "Traversée de voirie par forage dirigé".

En ce qui concerne la prise en considération des capacités du sous-traitant au stade de la sélection qualitative, elle relève qu'au regard des éléments avancés par la partie adverse et par l'intervenante, il y aurait lieu de considérer que cette dernière disposait des capacités requises pour l'exécution de l'un des deux lots faisant l'objet de l'accord-cadre. Elle estime qu'en considération de l'objectif poursuivi par le pouvoir adjudicateur (soit "la remise d'un maximum d'offres concurrentielles"), il ne pouvait lui être autorisé de considérer (sans que le lot concerné soit précisé en aucune manière...) que pour "l'autre lot", la société SEWER-TEC n'aurait pas disposé "individuellement, de la capacité à exécuter le lot concerné", ce qui lui aurait permis de recourir alors à la sous-traitance. Elle soutient que l'incapacité alléguée étant tributaire de la survenance d'un élément aléatoire (soit l'attribution hypothétique d'un premier lot du marché, mobilisant les ressources humaines dont la société SEWER-TEC était en droit de se prévaloir) ne pouvait permettre, en aucune manière, qu'il soit dérogé à l'exclusion de principe du recours, entre deux sociétés disposant individuellement de la capacité d'exécution d'un lot, à un accord de sous-traitance. Elle fait valoir que dans la mesure où les éléments d'information connus de la requérante ne permettent pas de déterminer comment l'intervenante envisageait l'affectation et la répartition du personnel mis à sa disposition par le biais de la sous-traitance, la décision de sélection qualitative prise par la partie adverse apparaît entachée d'irrégularité pour chacun des deux lots. Elle ajoute que la limitation indirecte ainsi apportée par l'avis de marché à l'article 72 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 doit être considérée comme licite et régulière, puisque conforme à l'intention légitime exprimée d'élargir la concurrence. Elle ajoute encore qu'il ne ressort pas des pièces portées à sa connaissance que la société SEWER-TEC aurait produit au

pouvoir adjudicateur l'engagement de la société RENOTEC "de mettre de tels moyens à la disposition du candidat".

En ce qui concerne le recours aux capacités techniques et aux références de la société RENOTEC, la requérante déduit de la chronologie des faits que la partie adverse n'a, à aucun moment, invité la partie intervenante "à compléter ou à expliciter les renseignements et documents" qu'elle avait fournis selon les prévisions de l'article 64 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et soutient qu'en admettant, par contre, de prendre en considération, pour fonder sa décision relative à la sélection qualitative, une modification substantielle de la présentation du dossier de candidature, opérée d'initiative par la société SEWER-TEC plus d'un mois après la date limite de dépôt des dossiers, la partie adverse a violé le principe d'égalité de traitement.

En ce qui concerne la description du matériel et de l'équipement mis à disposition, la requérante estime que les explications de l'intervenante confirment implicitement qu'elle ne disposait pas, en tous cas pour les deux lots, des moyens matériels requis pour franchir l'étape de la sélection qualitative.

En ce qui concerne le respect des critères de capacité technique relatif à l'agrément, la requérante constate qu'"il n'a jamais été contesté, ni au cours de l'instruction de la procédure en suspension d'extrême urgence, ni à l'occasion de la présente procédure en annulation, que la société SEWER-TEC ne disposait pas des agréments exigés au niveau de la sélection qualitative, pour apporter la démonstration de sa capacité technique". Elle explique qu'il ne pourrait être soutenu, par ailleurs, que l'exigence ainsi définie par l'avis de marché dans le cadre de la sélection qualitative était disproportionnée par rapport à l'objet de l'accord-cadre, et n'était pas liée à celui-ci, au sens de l'article 63, § 1^{er}, 2° de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Elle note que ni la partie adverse, ni la partie intervenante ne remettent en cause l'opportunité ou la légalité de ce critère de sélection et que l'argumentation du mémoire en réponse se fonde sur une lecture erronée du moyen, qui ne repose en rien sur la violation de l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs, qui trouve à s'appliquer dans le cadre de l'attribution des marchés de travaux, alors que le présent moyen s'intéresse à l'étape préalable de la sélection qualitative. Pour le surplus, elle rappelle que les capacités de la société RENOTEC ne pouvaient être prises en considération au stade de la sélection qualitative.

D. Requête et mémoire en intervention

Après avoir rappelé que la procédure négociée avec publicité implique que la partie adverse disposait d'un certain pouvoir de négociation et d'appréciation dans le cadre de cette première phase, l'intervenante explique, en ce qui concerne la disponibilité du personnel affecté à l'exécution de l'accord-cadre, qu'elle a clairement indiqué, par le biais de son dossier de candidature, qu'elle allait recourir à la sous-traitance de la société RENOTEC (du même groupe qu'elle et qui dispose de 473 employés) en proposant de recourir aussi bien à son personnel qu'à son matériel. Elle constate qu'était proposée en sa candidature du 29 août 2014, tout personnel confondu (SEWER-TEC et RENOTEC), une liste de 88 ouvriers, en plus des 14 personnes destinées à assurer la direction du projet, soit un total de 102 personnes de telle sorte que l'exigence de 86 personnes imposée par les documents du marché est clairement respectée. Elle estime que cette manière de procéder, à savoir recourir à la capacité de tiers pour justifier de ses capacités économique, financière et technique, est expressément autorisée par les articles 12 et 72 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et se réfère également à la circulaire du 21 mai 2001 concernant la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services.

Elle souligne que les documents du marché autorisent explicitement le recours à la sous-traitance pour qu'un candidat potentiel puisse justifier de sa capacité technique et que si, afin de "favoriser la remise d'un nombre maximum d'offres concurrentielles", l'avis de marché du 23 juillet 2014 (point III.2.3) refuse toutes associations momentanées ou accords de sous-traitance, c'est uniquement si et seulement si les membres de telles sociétés ou accords disposent "chacun individuellement de la capacité à exécuter le lot concerné". Elle note qu'en l'espèce, elle savait pertinemment bien qu'elle ne disposait pas du personnel suffisant pour soumissionner pour les deux lots en même temps de sorte que le recours à la sous-traitance de la société RENOTEC, pour pouvoir déposer offre pour les deux lots, était expressément autorisé en l'espèce.

Elle observe qu'elle a clairement satisfait aux exigences requises par les documents du marché puisque, d'une part, la société RENOTEC ne sera appelée en sous-traitance que pour ce qui concerne l'exécution d'une partie des travaux spécifiques de terrassement et non pour la totalité de l'accord-cadre et, d'autre part, la partie adverse a accepté le recours à ce sous-traitant puisque, sur la base de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, elle a jugé le dossier de candidature introduit le 1^{er} octobre 2014 parfaitement acceptable et l'a invitée de surcroît à déposer une offre pour le marché dont question.

Elle souligne qu'elle a parfaitement respecté le prescrit de l'article 2.1.9.1 du cahier spécial des charges, puisqu'en annexe à son courrier du 1^{er} octobre 2014, étaient jointes les pièces suivantes : une attestation de sécurité sociale, une attestation fiscale, un extrait du casier judiciaire, une certification V.C.A., quatre certificats d'agrément et un certificat d'absence de faillite, soit un ensemble de pièces justifiant à suffisance de la capacité de la société RENOTEC à effectuer les travaux pour lesquels elle était appelée en sous-traitance.

Elle fait également valoir que le dernier alinéa du point III.2.3 de l'avis de marché a également été bel et bien respecté puisque, par son courrier de candidature du 29 août 2014, elle a fourni une liste du personnel et du matériel mis à sa disposition par la société RENOTEC. Elle en déduit que sa candidature a bien été introduite, de manière parfaitement complète, pour la date du 1^{er} septembre 2014 fixée comme étant la date limite de réception des demandes de participation et que s'il est vrai qu'elle a apporté des informations complémentaires par un courrier du 1^{er} octobre, il ne s'agissait, toutefois, pas d'adaptations apportées à son offre mais de précisions communiquées à la demande de la partie adverse.

Elle en conclut que les articles 3.14 et 2.1.9.1 du cahier spécial des charges n° 1938 et l'article III.2.3. de l'avis de marché ont été respectés en l'espèce puisque (i) la société SEWER-TEC ne va pas sous-traiter à la société RENOTEC l'ensemble de l'accord-cadre mais seulement l'exécution d'une partie des travaux spécifiques de terrassement (grondwerken), (ii) la partie adverse a clairement accepté la sous-traitance de la société, (iii) l'ensemble des documents attestant de la capacité de la société RENOTEC ont été fournis dans le dossier de candidature, et par le biais du courrier du 1^{er} octobre 2014, et (iv) le recours à la sous-traitance de la société RENOTEC a été communiqué au pouvoir adjudicateur dès le 29 août 2014, soit avant la date limite pour le dépôt des dossiers de candidature.

Elle avance, par ailleurs, que l'argument selon lequel la société RENOTEC aurait demandé une offre de prix à deux autres sociétés par un courrier du 25 février 2015 afin que celles-ci mettent à sa disposition trois équipes en sous-traitance est sans incidence en la présente espèce, étant étranger à la procédure d'attribution. Elle ajoute que dans le cadre de l'exécution du marché qui lui a été attribué, elle est bien évidemment libre de faire appel à la sous-traitance, en procédant à des demandes de remise de prix, tout en sachant bien évidemment que l'intervention du sous-traitant sera soumise à l'approbation préalable de la partie adverse. Elle observe, en outre, que les trois équipes dont question n'équivalent pas à un recours à

de la sous-traitance massive comme tente de le faire croire la requérante, mais sont clairement différentes des équipes proposées dans la candidature et ne concernent en réalité que des équipes qui seront présentes en *extra*.

En ce qui concerne la description du matériel et de l'équipement susceptibles d'être mis à disposition, la partie intervenante expose qu'elle a clairement respecté les exigences de sélection qualitative en faisant état de matériel que la société RENOTEC a mis à sa disposition. Elle constate que son dossier de candidature du 29 août 2014 était d'ailleurs très détaillé à cet égard et reprenait une liste considérable de matériel (59 pages) dont faisait notamment partie du matériel de la société RENOTEC.

En ce qui concerne les catégories et classes d'agrégation, la partie intervenante explique qu'elle a bien précisé qu'elle utiliserait, en sous-traitance, les services de la société RENOTEC pour les travaux de terrassement et que cette dernière disposait, quant à elle, bel et bien de l'agrégation requise puisque détenant un certificat d'agrégation pour la catégorie G classe 5. Elle considère que cette manière de procéder, en recourant à la capacité de tiers pour justifier de ses capacités économique, financière et technique, est expressément autorisée par les articles 12 et 72 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et souligne que la société RENOTEC n'est pas une société tierce quelconque puisqu'elle faisait partie du même groupe et que les deux sociétés étaient déjà à l'époque dirigées par les mêmes personnes.

Elle en conclut qu'il est certain que la société SEWER-TEC, grâce au recours à la sous-traitance de la société RENOTEC, satisfaisait pleinement aux conditions de sélection qualitative quant à sa capacité technique en personnel, matériel et agrégation et que c'est donc à bon droit que la partie adverse a sélectionné sa candidature.

E. Dernier mémoire de la partie requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante explique que les éléments produits par la partie intervenante le 1^{er} octobre 2014 modifiaient fondamentalement son dossier de candidature initial.

Elle considère que "dès l'instant [...] où l'avis de marché imposait en son point III.2.3 que tout candidat faisant état de capacités de tiers joigne obligatoirement à sa demande de participation la preuve que ce tiers dispose «de la capacité technique à exécuter le marché, conformément aux exigences susmentionnées», l'absence dans

le premier dossier de candidature des documents essentiels annexés à la lettre du 1^{er} octobre 2014 de la s.p.r.l. SEWER-TEC indique que l'adjudicataire n'avait pas, dans un premier temps, envisagé de faire état des capacités comme sous-traitant de la société anonyme RENOTEC". Les pièces nouvelles transmises le 1^{er} octobre 2014 étaient, dès lors, tardives et modifiaient le contenu de la demande de candidature. Elle indique que "compte tenu de cet élément et des incertitudes liées à la rétention partielle du dossier administratif", elle n'aurait pu soulever ce grief clairement dès sa requête en annulation et qu'il n'est, par conséquent, pas tardif.

Concernant le recours aux références de la société RENOTEC au cours de la phase de sélection qualitative, la requérante concède que l'article 3.14 du cahier spécial des charges n° 1938 s'inscrit dans la "deuxième phase" de la procédure d'attribution du marché, et qu'il n'aurait dès lors pu être pris en considération au stade de la sélection qualitative, puisque la diffusion du cahier spécial des charges fut postérieure à celle-ci. En revanche, elle estime que la partie intervenante, qui, selon elle, ne disposait pas des moyens matériels et humains requis pour obtenir les deux lots, ne pouvait pas poser sa candidature en se prévalant d'une sous-traitance par une autre société alors même que ce sous-traitant disposait, quant à lui, individuellement de la possibilité d'exécuter les deux lots.

Elle souligne, à cet égard, que l'avis de marché spécifiait expressément ceci :

" VIVAQUA procédera à une sélection par lot et déterminera, dans le cadre de la sélection, le nombre de lots susceptibles d'être confiés à chaque candidat ".

Selon elle, la partie intervenante "aurait dès lors dû spécifier obligatoirement, et de manière explicite, qu'elle posait sa candidature pour un lot sur [la] base de ses références et capacités propres, et pour un second lot (dans la seule hypothèse où le premier lui aurait été attribué) sur [la] base des références et capacités de son sous-traitant, la société anonyme RENOTEC, sans globalisation des deux lots, solution qui lui permettait sans doute de masquer les insuffisances de sa propre candidature".

Concernant la contradiction apparente entre l'avis de marché et l'article 3.14 du cahier spécial des charges, la requérante rappelle "qu'un texte clair ne s'interprète pas" et expose que "le pouvoir adjudicateur a parfaitement pu choisir, passée la phase de sélection qualitative - et, le cas échéant, après avoir pris connaissance des dossiers de candidatures - des modalités de sous-traitance plus

restrictives". Il n'y a donc, selon elle, pas lieu de voir une contradiction entre les deux documents, mais bien une "évolution, décidée par la partie adverse, des conditions contractuelles d'application pour le marché".

F. Dernier mémoire de la partie adverse

En ce qui concerne l'agrération requise, la partie adverse rappelle dans son dernier mémoire que les documents de marché ne peuvent fixer un niveau d'exigence, en termes de classe d'agrération, plus élevé que celui qui est prévu par l'arrêté royal du 26 septembre 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux. Par conséquent, elle estime qu'à supposer même que l'avis de marché impose un certificat d'agrération plus important que celui dont disposait la société SEWER-TEC, il n'y avait pas lieu de tenir compte de cette exigence mais uniquement du montant de la soumission. A cet égard, elle soutient que ce montant ne correspond pas au montant auquel l'accord-cadre a été attribué, mais bien au montant qui sera attribué au moment de la conclusion de chaque marché particulier passé sur la base de l'accord-cadre. Citant plusieurs arrêts du Conseil d'Etat en ce sens, elle considère qu'"au stade de l'attribution de l'accord-cadre, il convient tout au plus de vérifier si celui-ci pourra bien avoir un effet utile ou, en d'autres termes, si les marchés particuliers pourront bien être attribués à l'attributaire de l'accord-cadre".

En ce qui concerne le recours à la sous-traitance pour les autres aspects de la capacité technique, la partie adverse affirme qu'il ressort déjà du dossier de candidature que l'adjudicataire entendait recourir à la capacité de la société RENOTEC et qu'en complétant le dossier de candidature par son courrier du 1^{er} octobre 2014, la partie intervenante n'a pas modifié l'essence du dossier de candidature.

Elle rappelle également que la réglementation relative aux marchés publics permet de compléter un dossier de candidature, à la demande du pouvoir adjudicateur.

La partie adverse estime, par ailleurs, qu'en ce que la requérante soutient que la société SEWER-TEC n'a pas produit l'engagement de son sous-traitant de mettre ses capacités à sa disposition, cet argument, qui ne relève pas de l'ordre public, a été soulevé par la partie requérante dans son mémoire en réplique et non dans sa requête en annulation. Elle soutient qu'il est donc tardif et partant irrecevable. A titre subsidiaire, elle rappelle "que le complément de la candidature a été signé par la personne ayant le pouvoir d'engager la société SEWER-TEC mais également la

société RENOTEC" et en conclut que "sur cette seule base, la partie intervenante a bien produit l'engagement de RENOTEC de mettre ses capacités à la disposition de SEWER-TEC".

Elle considère, par ailleurs, que l'avis de marché n'avait pas pour effet d'obliger la société SEWER-TEC à ne déposer sa candidature que pour un seul lot. Selon elle, "le fait que l'avis de marché prévoit que «VIVAQUA procédera à une sélection par lot et déterminera, dans le cadre de la sélection, le nombre de lots susceptibles d'être confiés à chaque candidat» n'implique pas nécessairement que le soumissionnaire devait spécifier obligatoirement qu'il posait sa candidature pour un lot sur la base de ses capacités et références propres et pour un second lot (dans l'hypothèse où le premier lui aurait été attribué) sur la base des capacités et références de son sous-traitant". Elle soutient que "le soumissionnaire pouvait en effet déposer sa candidature pour les deux lots en ayant recours pour chacun d'eux à la sous-traitance". Elle relève encore, à cet égard, "que seules les sociétés momentanées ou accords de sous-traitance entre deux ou plusieurs sociétés, disposant chacune individuellement de la capacité à exécuter le (ou les) lot(s) en même temps n'étaient pas autorisés". Elle expose qu'elle "souhaitait en effet par cette mention éviter que des sociétés ayant individuellement la capacité à exécuter le marché, ne se regroupent et ne réduisent ainsi fortement la concurrence", mais estime que "tel n'a pas été le cas en l'espèce puisque, si SEWER-TEC disposait bien seule de l'agrégation requise, elle avait en revanche besoin de la capacité de RENOTEC, son sous-traitant, en cas d'attribution des deux lots, afin de recourir également au personnel et aux moyens matériels de son sous-traitant".

Quant à la prétendue contradiction entre l'avis de marché et l'article 3.14 du cahier spécial des charges, la partie adverse rappelle que cette disposition du cahier spécial des charges ne concerne que l'exécution du marché et ne vise que les sous-traitants non prévus lors de la soumission. A titre subsidiaire, elle relève qu'en prévoyant que "la sous-traitance est autorisée pour des travaux spécifiques et non pour l'intégralité de l'accord-cadre", la disposition 3.14 précitée a simplement pour conséquence que l'accord-cadre ne peut être exécuté uniquement par un sous-traitant.

En l'espèce, l'adjudicataire liste dans son dossier de candidature les ouvriers dont il dispose personnellement, et ceux de son sous-traitant. L'intégralité de l'accord-cadre ne sera donc en tout état de cause pas sous-traitée.

G. Dernier mémoire de la partie intervenante

La partie intervenante explique que son courrier de candidature du 29 août 2014 a clairement fait état d'une sous-traitance en listant le personnel et le matériel mis à sa disposition par la société RENOTEC et que la candidature de la société SEWER-TEC a donc bien été introduite, de manière parfaitement complète, pour la date du 1^{er} septembre 2014 fixée comme étant la date limite de réception des demandes de participation. Elle rappelle que c'est suite à une interrogation expresse du pouvoir adjudicateur qu'elle a joint en annexe à son courrier du 1^{er} octobre 2014 les pièces justifiant à suffisance de la capacité de la société RENOTEC à effectuer les travaux pour lesquels elle sera appelée en sous-traitance. Elle estime que l'information selon laquelle la société SEWER-TEC recourait à la société RENOTEC en sous-traitance pour justifier de sa capacité technique était déjà indiquée dès le dossier de participation du 29 août 2014 et qu'elle n'a été par après que précisée.

Elle ajoute que le terme "obligatoirement" usité dans l'article III.2.3 de l'avis de marché ne remet aucunement en cause cette adjonction de documents. Elle estime en effet qu'en présence d'une procédure négociée avec publicité, la partie adverse disposait d'un certain pouvoir de négociation et d'appréciation dans le cadre de la première phase de sélection et qu'il lui était bien évidemment loisible de requérir la production de documents qui étaient obligatoires mais dont l'absence n'était nullement prescrite à peine de nullité.

S'agissant de la prescription figurant dans l'avis de marché selon laquelle "VIVAQUA procédera à une sélection par lot et déterminera, dans le cadre de la sélection, le nombre de lots susceptibles d'être confiés à chaque candidat", elle fait valoir qu'elle ne peut nullement avoir pour effet de limiter la possibilité pour SEWER-TEC de déposer sa candidature pour un seul lot et estime qu'il lui était bien évidemment loisible de déposer une offre, pour les deux lots, même en recourant à la capacité de tiers. Elle considère que lorsque la requérante affirme dans son dernier mémoire que la société SEWER-TEC aurait dû déposer sa candidature seule pour un lot et sa candidature en faisant état de capacité de tiers pour le second lot, elle se trompe et va en outre à l'encontre de ce qu'elle a elle-même affirmé en termes de requête en annulation où elle a reconnu que la capacité de SEWER-TEC, même pour l'accomplissement d'un lot, n'était pas évidente à démontrer "sauf à s'abstenir de la conclusion pendant 4 ans de tout autre marché".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'est pas contesté que, selon l'avis de marché, tout soumissionnaire devait établir qu'il pouvait, pour deux lots, mettre à la disposition du pouvoir adjudicateur une équipe de 88 personnes ainsi que les moyens matériels et l'équipement nécessaires pour l'exécution de l'accord-cadre litigieux.

Après avoir exposé les exigences de capacité technique au point III.2.3, l'avis de marché précise que :

" A supposer que le candidat fasse état des capacités de tiers pour établir sa propre capacité à exécuter le marché, il joint obligatoirement à sa demande de participation

- la preuve que ce/ces tiers ne se trouve(nt) pas en situation d'exclusion, conformément aux exigences susmentionnées,
- la preuve que ce/ces tiers dispose(nt) de la capacité technique à exécuter le marché, conformément aux exigences susmentionnées,

En vue de favoriser la remise d'un maximum d'offres concurrentielles, les associations momentanées ou accords de sous-traitance entre deux ou plusieurs sociétés, disposant chacune individuellement de la capacité à exécuter le lot concerné, ne sont pas autorisées.

VIVAQUA procèdera à une sélection par lot et déterminera, dans le cadre de la sélection, le nombre de lots susceptibles d'être confiés à chaque candidat.

Seuls les candidats sélectionnés recevront le cahier spécial des charges ; il est donc impératif que les documents précités soient adressés dans le délai imparti pour que la demande de participation soit prise en considération".

Il indique également, au point IV.3.4, que la date limite pour la réception des demandes de participation est le 1^{er} septembre 2014.

Il ressort clairement du point III.2.3 de l'avis de marché que si le recours à la sous-traitance n'est pas exclu par le pouvoir adjudicateur, sont, en revanche, exclus les associations momentanées ou les accords de sous-traitance entre deux ou plusieurs sociétés disposant chacune individuellement de la capacité à exécuter le lot concerné.

L'avis de marché impose, en outre, au candidat qui recourt à la sous-traitance d'en faire état et de joindre à sa candidature la preuve que le sous-traitant ne se trouve pas en situation d'exclusion et qu'il dispose de la capacité technique à exécuter le marché. Il indique également que ces documents doivent être fournis dans le délai imparti, sous peine de ne pas prendre la candidature en considération. Cette exigence n'est pas de pure forme, puisque la mention de

l'intervention d'un éventuel sous-traitant peut seule permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que les sociétés liées par l'accord de sous-traitance ne disposent pas chacune individuellement de la capacité à exécuter le lot concerné, auquel cas l'avis de marché n'autorise pas le recours à la sous-traitance.

En l'occurrence, la partie intervenante affirme, dans ses écrits de procédure, qu'elle "savait pertinemment bien qu'elle ne disposait pas du personnel suffisant que pour soumissionner pour les deux lots en même temps" de sorte qu'elle a eu recours à la sous-traitance de la société RENOTEC pour pouvoir déposer offre pour les deux lots. Elle insiste sur ce point en termes de plaidoirie et fait valoir qu'elle ne disposait au 31 décembre 2014 que de 56 travailleurs et de 63 travailleurs au 31 décembre 2015. La partie adverse ajoute, en termes de plaidoirie, qu'il est évident que la partie intervenante ne disposait pas du personnel requis pour exécuter les deux lots.

Il ressort, toutefois, du dossier administratif que, contrairement à ce qu'affirment la partie adverse et la partie intervenante dans leurs écrits de procédure, l'acte de candidature initial de la partie intervenante ne fait, à aucun moment, état d'un appel à la sous-traitance. Au contraire, si cet acte contient une mention de la possibilité de disposer du matériel de la société RENOTEC, en ce qui concerne la main-d'œuvre, il indique que "SEWER-TEC a en service +/- 100 travailleurs bien formés qui sont quotidiennement mis au travail sur des travaux d'égouttage" (traduction libre). Il y est également fait mention de l'engagement de la société SEWER-TEC à investir dans du personnel et du matériel supplémentaire si nécessaire. Rien ne permet donc de comprendre à la lecture de cette candidature que la société SEWER-TEC comptait sous-traiter certaines parties de l'accord-cadre, ni encore moins qu'elle ne disposait pas du personnel suffisant pour soumissionner pour les deux lots en même temps. Contrairement à ce qu'indique la partie adverse dans ses écrits de procédure, la liste de personnel jointe à la candidature ne mentionne aucunement leur appartenance à l'une ou l'autre société.

Ce n'est qu'à la suite du courrier de la partie adverse du 24 septembre 2014, l'invitant à apporter la preuve qu'elle disposait de l'agrération requise, que la société SEWER-TEC a adressé, dans un premier courrier daté du 1^{er} octobre 2014, une candidature en association momentanée avec la société RENOTEC, puis dans un second courrier, également daté du 1^{er} octobre 2014 et invitant la partie adverse à tenir pour nulle la candidature introduite en société momentanée, un complément à sa candidature initiale indiquant qu'elle ferait appel à la société RENOTEC en tant que sous-traitant. A ce courrier sont joints différents documents concernant la société

RENOTEC, dont des attestations d'agr  ation, visant   tablir qu'elle poss  de l'agr  ation requise pour le march  . Aucune pr  cision n'est, en revanche, apport  e concernant la r  partition des   quipes entre les deux soci  t  s.

Il d  coule de ce qui pr  c  de que la soci  t   SEWER-TEC n'avait pas communiqu      la partie adverse son intention de recourir    la sous-traitance de la soci  t   RENOTEC    la date limite fix  e pour l'introduction des candidatures. Elle ne l'a fait qu'un mois apr  s la date limite de d  p  t des candidatures et dans le seul but annonc   de faire valoir une agr  ation conforme aux exigences de l'avis de march  .

Sans qu'il y ait lieu de trancher la question de savoir si l'avis de march   tol  rait une telle modification un mois apr  s la date limite pour l'introduction des candidatures, la partie adverse peut, en tout   tat de cause,   tre suivie en ce qu'elle expose qu'il n'est pas question d'une modification de l'offre, puisqu'   ce stade les offres n'avaient pas encore   t   d  pos  es.

La partie adverse ne peut, en revanche, pas   tre suivie en ce qu'elle affirme que la soci  t   SEWER-TEC avait clairement indiqu   qu'elle ne disposait pas de la capacit   en ressources humaines pour ex  cuter le march  , voire un seul lot de celui-ci. Ainsi que cela a d  j     t   relev   plus haut, il ressort, en effet, des informations fournies dans la candidature de la soci  t   SEWER-TEC, que celle-ci s'est pr  sent  e comme disposant individuellement de la capacit      ex  cuter les deux lots du march  , et donc *a fortiori* chacun des deux lots, et qu'elle n'a pas rectifi   cette pr  sentation dans son courrier dat   du 1^{er} octobre 2014.

Les partie adverse et intervenante ne peuvent pas davantage   tre suivies en ce qu'elles affirment en termes de plaidoirie qu'il   tait   vident que la soci  t   SEWER-TEC ne disposait pas du personnel requis et qu'elle aurait n  cessairement d   faire appel    la sous-traitance de la soci  t   RENOTEC, d  s lors que cette affirmation est contredite par le contenu expr  s de la candidature de la soci  t   SEWER-TEC. En outre, si ainsi qu'elle le soutient    l'audience, la partie adverse avait d'embl  e pris conscience de l'incapacit   de ce candidat    satisfaire au crit  re de capacit   technique et professionnelle alors m  me que cela ne ressortait pas de son acte de candidature, il lui incombait soit de l'  carter, soit,    tout le moins, de l'interroger sur ce point pour lever tout doute, ce qu'elle n'a pas fait, limitant ses questions    la production de la preuve qu'elle poss  dait le niveau requis d'agr  ation. En tout   tat de cause, elle ne pouvait pas, d'initiative, compl  ter la candidature en pr  sumant que ce candidat allait faire appel    un sous-traitant et que ce dernier serait n  cessairement la soci  t   RENOTEC.

La partie adverse devait donc s'en tenir, pour les besoins de la sélection qualitative, à l'acte de candidature introduit par la société SEWER-TEC. Or, comme cela a été exposé plus haut, celle-ci annonce dans son acte de candidature disposer de plus ou moins 100 travailleurs. De son côté, la société RENOTEC, dispose, aux dires de la partie intervenante elle-même, de 473 travailleurs. Les deux sociétés se présentaient donc comme disposant chacune individuellement de la capacité à exécuter les lots concernés. Dès lors que l'avis de marché exclut le recours à la sous-traitance dans une telle hypothèse, la partie adverse ne pouvait sélectionner la candidature de la société SEWER-TEC pour les deux lots du marché sans violer les règles qu'elle s'était elle-même données.

Le premier moyen est fondé et suffit à justifier l'annulation de l'acte attaqué.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens de la requête qui ne sauraient entraîner une annulation aux effets plus étendus.

VII. CONFIDENTIALITE

La requérante demande que soit levée la confidentialité de certaines pièces du dossier administratif, notamment les pièces relatives au respect des exigences de sélection qualitative par le pouvoir adjudicateur. Elle estime, notamment, nécessaire au respect des exigences d'un procès équitable que, dans le cadre de l'examen du premier moyen, lui soient communiquées les pièces relatives à la candidature de la partie intervenante.

Les parties adverse et intervenante ont accepté à l'audience du 15 juin 2016 de lever partiellement la confidentialité d'une pièce du dossier. Ont ainsi été communiqués à la requérante les extraits de la candidature de la société SEWER-TEC utiles à l'examen du premier moyen. Dès lors que l'examen de ce moyen conduit à l'annulation de l'acte attaqué, il n'y a plus lieu de se prononcer sur la nécessité de lever la confidentialité d'autres pièces du dossier.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

L'intervention formée par la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC et poursuivie par la société anonyme RENOTEC est accueillie dans la procédure en annulation.

Article 2.

Est annulée la décision prise le 11 février 2015 par la société coopérative à responsabilité limitée VIVAQUA d'attribuer les deux lots de l'accord-cadre relatif aux travaux de déblai et remblai de tranchées dans la Région de Bruxelles-Capitale à la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Article 4.

La somme de 150 euros indûment versée par la société SEWER-TEC sera remboursée à la société RENOTEC par le service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'Etat.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente juin deux mille seize par :

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.